

Aspectos da pena no Código Penal Militar em face do Código Penal Brasileiro e da Constituição Federal

Carlos Frederico Oliveira Pereira

S U M Á R I O

Aspectos gerais. II- As penas acessórias. III- Individualização da pena. IV- Criminoso habitual ou por tendência. V - Exílio Local.

Trabalho apresentado no Encontro Brasileiro sobre Justiça Militar, em Porto Alegre/RS no painel Direito Militar. O Encontro foi promovido pela Associação dos Juizes _ RS, Escola Superior da Magistratura _ RS, Escola Nacional da Magistratura, Associação do Ministério Público _ RS e Escola Superior do Ministério Público _ RS.

I - *Aspectos Gerais*

O Código Penal Militar no art. 55 estabelece as penas principais e no art. 98 as acessórias, classificação diferente do Código Penal Brasileiro que não mais prevê essas últimas e no art. 32 as classifica em privativas de liberdade, restritivas de direitos e multa. No Código Penal Militar as primeiras são: morte; reclusão; detenção; prisão e impedimento; suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função e reforma.

A pena de morte no Código Penal Militar é aplicada tão-somente em caso de guerra externa, o que está em consonância com a atual Carta Magna, no art. 5.º, inciso XLVII que limita sua aplicação somente nesse caso. Estabelece o art. 20 do Código Penal Militar que em tempo de guerra aplicam-se as penas cominadas para o tempo de paz com o aumento de um terço. Logicamente, esse aumento se refere somente àqueles crimes que não estão elencados como tipos específicos

Carlos Frederico Oliveira Pereira é Procurador da Justiça Militar.

para o caso de guerra, previstos no Livro II do Código Penal Militar.

As penas de reclusão e detenção no Código Penal Militar apenas se diferenciam uma da outra pelo tempo de privação de liberdade. Na primeira, o mínimo é de um ano e o máximo de 30; para a detenção o mínimo é de 30 dias, e o máximo de 10 anos, como prescreve o art. 58 do Código Penal Militar. O Código Penal Brasileiro estabelece que a pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto, e a detenção em regime semi-aberto ou aberto, salvo necessidade de transferência para o regime fechado. No Código Penal Militar é lícito dizer que só existe o regime fechado e a execução penal somente pode ser feita para militares e em condenações que não ultrapassem 2 anos, porque além desse período o militar condenado deve ser recolhido em estabelecimento prisional civil, ante a inexistência de presídios militares, exceto os da Marinha, e assim a individualização executiva deve ser realizada perante o juiz da vara de execuções penais, a teor do art. 61 do Código Penal Militar e art. 2.º, parágrafo único, da Lei de Execuções Penais. O civil condenado pela Justiça Militar Federal sempre cumpre pena em estabelecimento prisional civil, de acordo com o art. 62 do Código Penal Militar, logo sempre a pena é executada no âmbito do juízo da vara de execuções penais.

A pena de impedimento só se aplica aos insubmissos, cujo crime vem definido no art. 183 do Código Penal Militar e consiste na não-apresentação à incorporação no prazo marcado. Evidentemente esse crime jamais será julgado perante a Justiça Militar Estadual, pois a obrigatoriedade de prestação do serviço militar só ocorre em relação às Forças Armadas.

Na letra f do art. 55 está prevista a pena de suspensão do exercício, posto, graduação, cargo ou função. Vem ela especificada no art. 64 e consiste na agregação, afastamento, licenciamento ou disponibilidade. Trata-se de norma penal em branco, não quanto à tipificação mas sim em relação ao tipo de penalidade, pois o Código Penal Militar não define esses tipos de sanções, sendo necessário o recurso ao estatuto dos militares. Dessa

forma, agregação ocorre quando o militar em situação de atividade (militar da ativa) deixa de ocupar vaga na escala hierárquica de seu corpo, quadro, arma ou serviço, como prescreve o art. 80 da Lei n.º 6.880/90; o licenciamento implica no desligamento e o afastamento na privação de qualquer função militar, a teor dos arts. 94 e seguintes e 44, parágrafo 2.º, respectivamente, do mencionado estatuto. A disponibilidade só se aplica aos eventuais civis condenados pela Justiça Militar Federal, pois inexistente essa figura jurídica para os militares.

A suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função se assemelha à pena de interdição temporária de direitos prevista no art. 43, II c/c o art. 47, I, ambos do Código Penal Brasileiro, que são aplicadas em substituição à pena privativa de liberdade como prescreve o art. 54 do Código Penal Brasileiro, e têm a mesma duração dela, como dita o art. 55. A diferença principal é que no Código Penal Militar não é tratada como pena substitutiva da pena privativa de liberdade genericamente prevista na parte geral do código, mas sim como pena principal isolada, como acontece nos arts. 197, 324 e 340, ou como pena alternativa em relação à reforma, como se vê dos tipos penais dos arts. 201, 204 e 266, todos do Código Penal Militar. Deve-se observar que essa penalidade, bem como a reforma, não é passível de sursis, entretanto, reza o parágrafo único do art. 64 que, se o condenado à pena de suspensão acima referida não mais estiver em serviço ativo, a pena será convertida em detenção, de três meses a um ano. Nesse caso, convertida em privativa de liberdade, é passível de sursis.

Por último, como pena principal, temos a reforma. A reforma não necessita da concorrência da legislação administrativa como acontece com o art. 64 de que já falamos, pois o art. 65 do Código Penal Militar já traz a sua definição dizendo que é a sujeição à situação de inatividade, além de brusca redução nos proventos.

II – As penas acessórias

Estão elas definidas no art. 98 do Código Penal Militar: perda do posto e patente; in-

dignidade para o oficialato; incompatibilidade para o oficialato; exclusão das Forças Armadas; perda da função pública ainda que eletiva; inabilitação para o exercício da função pública; suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela e suspensão dos direitos políticos.

As penas acessórias, dizia Aníbal Bruno, verbis: "O seu fundamento pode ser a natureza do crime cometido ou a falta ao cumprimento de certos deveres cometidos ou a falta ao cumprimento de certos deveres, ou a espécie ou graduação da pena principal aplicada. Verificando um desses fundamentos previstos na lei, a pena acessória impõe-se de maneira obrigatória, e pode resultar automaticamente da condenação, ou, como é mais comum acontecer, vir declarada expressamente na sentença" (in *Direito Penal*, Tomo II, 1978, Forense, p. 91). As penas acessórias, na revogada parte geral, normalmente necessitavam de fundamentação, sendo poucas as que resultavam da simples imposição da pena principal como referendava Roberto Lyra, verbis: "As que decorrem ope legis da imposição da pena principal são somente as da letra c, do n.º II, do art. 68, do parágrafo único do art. 69 e n.º V, respectivo. A regra, portanto, é a declaração do juiz, cujo silêncio importa exclusão". (in *Comentários ao Código Penal*, em co-autoria com Nelson Hungria, vol. II, 2.ª ed., 1955, p. 512). Na atual parte geral do Código Penal Brasileiro a perda da função pública é efeito da condenação e sempre deve ser declarada na sentença, ao contrário da exceção que tinha o código revogado. Sobre a suspensão dos direitos políticos que era prevista no art. 69, parágrafo único, do Código Penal Brasileiro de 1944, e inexistente na atual parte geral do Código Penal Brasileiro, falaremos mais à frente. De qualquer maneira inexistente pena acessória no atual estatuto repressivo comum, sendo todas as sanções autônomas, com a observação de que as penas restritivas de direitos são substitutivas das penas privativas de liberdade, o que também pode acontecer com a pena de multa, observado o disposto no art. 60, parágrafo 2.º, do Código Penal Brasileiro.

Pouca coisa tratada no Código Penal Militar como pena acessória pode ser aplicada

automaticamente, sem motivação na sentença, como acontecia também no Código Penal Brasileiro revogado. Os três primeiros incisos, por exemplo, que se referem a oficiais, dependem de processo independente do processo penal. Já entrando no tema, quanto à pena do art. 98, I, diz o art. 99 do Código Penal Militar que a perda do posto e patente resulta da condenação a mais de dois anos, o que sugere aplicação imediata, sendo a conclusão confirmada pelo disposto no art. 107 do Código Penal Militar que exclui da necessidade de motivação na sentença essa penalidade classificada de acessória. É certo que os artigos 100 e 101 elencam crimes em que o oficial fica sujeito à declaração de indignidade e incompatibilidade, respectivamente. Ocorre que a indignidade, assim como a incompatibilidade, só podem ser reconhecidas em processo autônomo, através de representação do Procurador-Geral da Justiça Militar como prevê o art. 116, inciso II, da Lei Complementar n.º 75/93, ou através dos processos de conselho de justificação. Além disso ainda há a Constituição Federal, que no art. 42, parágrafos 7.º e 8.º, subordina a declaração de indignidade e incompatibilidade com o oficialato, com a consequente perda do posto e patente, à decisão surgida de processo autônomo, perante tribunal militar permanente. Logo a pena acessória do art. 98 inciso I do Código Penal Militar está revogada pela atual Carta Magna, aliás esse dispositivo da lei repressiva militar já era incompatível com a CF anterior, como diz Manoel Gonçalves Ferreira Filho, verbis: Desde a Emenda n.º 1, de 1969, alterou-se, neste ponto, significativamente o direito constitucional relativamente à perda da patente e do posto por parte do oficial das Forças Armadas. No direito hoje vigente, a perda somente se dará nos casos de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato. Não mais existe a perda como consequência acessória de condenação a pena restritiva da liberdade, como ainda previa o texto constitucional promulgado em 1967 (art. 94, parágrafo 2.º) e vinha em nosso direito constitucional desde 1891 (art. 76) (in *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, Ed. Saraiva, 1990, p. 277). Os arts. 100 e 101 do Código

Penal Militar não se revestem de pena acessória, e a condenação nos tipos por eles elencados serve apenas de fundamento à representação do Procurador-Geral da Justiça Militar pelos mesmos motivos da pena acessória do art. 98 inciso I do Código Penal Militar revogados pela ordem constitucional. A única observação que deve ser feita é que a jurisprudência do Egrégio STM e do Excelso Pretório, com raríssimos votos discordantes entende que o conselho de justificação é processo administrativo, ponto de vista que não comungamos, como ficou demonstrado por nós na última revista do STM.

A exclusão das Forças Armadas, prevista no inciso V do art. 98 só pode ser aplicada às praças das Forças Armadas, estando, pois, vigente o art. 102 do Código Penal Militar. Não é de aplicação imediata como parece, pois o art. 107 exige que conste expressamente da sentença. Essa pena acessória não se aplica às praças das milícias estaduais, tendo em vista que os dispositivos penais citados, expressamente, se referem aos integrantes das Forças Armadas, não havendo como se estender essa punição aos milicianos sem terrível atentado ao princípio da legalidade.

Ainda com relação às praças das corporações militares estaduais, esclarece o art. 125 parágrafo 4.º da CF que semelhantemente ao que acontece com os seus oficiais, só perderão os primeiros a graduação se assim decidir o competente tribunal militar permanente. Mesmo com essa prerrogativa de que não gozam as praças das Forças Armadas, não são eles vitalícios como acontece com os oficiais que só podem ser demitidos por sentença judicial em processo autônomo do penal. O dispositivo constitucional diz que tal expulsão só ocorre no caso de crimes militares. Dessa forma, deverá o Ministério Público estadual, no processo penal militar, a que estiver respondendo a praça graduada, pedir a sua exclusão após a condenação de primeiro grau de jurisdição, quando for criada a pena acessória de que fala a CF, sendo certo que a lei maior não criou nenhum privilégio ou garantia a mais aos graduados estaduais, mas determinou que a aplicação da pena acessória em comento, que no âmbito federal pode

ser aplicada em primeiro grau de jurisdição, fosse da competência do tribunal militar exclusivamente, como acertadamente tem interpretado o Egrégio TJM do RS, verbis: Representação para perda de graduação n.º 1/91:

"A perda de graduação da praça, ao contrário da perda de posto e patente do oficial, não decorre do julgamento acerca de sua indignidade ou incompatibilidade com a função, embora devam ser decididas em procedimentos semelhantes.

A única pena acessória aplicável às praças, com ou sem graduação, é aquela do art. 98, inciso IV do Código Penal Militar, e só pode ser aplicada de acordo com o estabelecido pelo art. 102 do referido código. Impossibilidade jurídica de sua substituição por qualquer das outras penas acessórias estabelecidas naquele dispositivo, ou mesmo pela pena de reforma, que se destinam a oficiais ou a funcionários civis.

Cogência da norma sancionadora do art. 102 do Código Penal Militar.

A redação do parágrafo 4.º do art. 125 da Constituição Federal não institui qualquer direito ou garantia destinados a militares de qualquer hierarquia, mas se constitui em fixação da competência jurisdicional do órgão de 2.ª instância da Justiça Militar Estadual.

Relator Originário: Juiz Cel. Odilon Camargo.

Relator para o acórdão: Juiz Cel. Antônio Cláudio Barcellos de Abreu."

Só discordamos da necessidade de procedimento autônomo para se aplicar a pena acessória, bem como da espera do trânsito em julgado da sentença penal condenatória no âmbito castrense, e também da incidência do art. 98, inciso IV para as praças estaduais. No mais concordamos inteiramente com o v. acórdão, a indignidade e incompatibilidade só se referem a oficiais, tampouco criou a norma constitucional uma nova penalidade acessória. O art. 102 do CÓDIGO PENAL MILITAR é totalmente constitucional e só não se aplica no âmbito estadual porque expressamente se refere a militares das Forças Armadas.

Discordamos inteiramente do acórdão proferido pelo Excelso Pretório no RE 121.533-0/MG, verbis:

"EMENTA: Militar: praças da Polícia Militar Estadual: perda de graduação; exigência constitucional de processo específico (CF, art. 125, parágrafo 4.º, parte final) de eficácia imediata: caducidade do art. 102 do Código Penal Militar.

O art. 125, parágrafo 4.º, in fine, da Constituição, subordina a perda de graduação dos praças das polícias militares à decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o art. 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos.

A nova garantia constitucional dos graduados das polícias militares é de eficácia plena e imediata, aplicando-se, no que couber, a disciplina legal vigente sobre a perda de patente dos oficiais e o respectivo processo."

A CF de 1988 não criou nenhuma garantia a mais, apenas disse que a pena acessória em comento deve ser aplicada pelo Tribunal e não também pelos conselhos, como acontece com a Justiça Militar Federal, à semelhança de um privilégio de foro, e nada mais. Se garantia fosse não estaria inserida na Seção dedicada à competência da Justiça Estadual, e sim na seção dedicada aos servidores militares, que no art. 42, parágrafo 9.º transfere o problema da estabilidade para à lei ordinária. Pensamos também que nem mesmo é necessário processo autônomo para isso, porém ainda que se entenda ele necessário a sua existência não tornaria caduco o art. 102 do Código Penal Militar. É preciso se interpretar sistematicamente a Constituição e não isoladamente em um dispositivo. O art. 42, parágrafos 7.º e 8.º só tratam como vitalícios os oficiais, e dizem que serão eles demitidos após declarados indignos ou incompatíveis para o oficialato, após serem condenados a mais de 2 anos, em processo autônomo. O art. 125, parágrafo 4.º reafirma isso após restringir a competência castrense aos crimes praticados pelos militares estaduais, excluindo, portanto, os civis, e confirma também a competência exclusiva do Tribunal para a imposição da pena acessória aos graduados, afastando a competência dos Conselhos. Não

há que se falar em indignidade ou incompatibilidade de praça, como acertadamente está lembrado no acórdão do Egrégio TJM/RS. A lei de Organização Judiciária do DF e territórios, por isso, conferiu ao órgão especial do Tribunal a competência exclusiva para apreciar as representações por indignidade para o oficialato, não estendendo essa representação às praças. Mas como inexiste a dita pena acessória para às praças estaduais, o dispositivo do art. 125, parágrafo 4.º da CF não pode ser a eles aplicados sob pena de violação do princípio da legalidade.

Observe-se que o dispositivo constitucional citado só diz respeito a crime militar, e então por crime comum podem ser demitidos em razão do efeito da condenação previsto no art. 92, inciso I, do Código Penal Brasileiro, que pode ser imposto por juiz ou tribunal da Jurisdição Ordinária, o que jamais acontece com os oficiais que, condenados pela Justiça Militar ou Ordinária só são demitidos por decisão em processo autônomo perante o Tribunal Militar Permanente. Por outro lado, como não gozam as praças de vitaliciedade podem ser demitidas em processo administrativo disciplinar.

Veja-se sobre esse último tópico algumas ementas de acórdãos do Egrégio STJ:

RMS 1.261-ORJ

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA _ SOLDADO DO CORPO DE BOMBEIROS. PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO DA CORPORACÃO. COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA PARA APLICAÇÃO DA PENA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 125, parágrafo 4.º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

_ Soldado bombeiro afastado da corporação "a bem da disciplina".

_ Apenas nos crimes militares (e não nos casos de infrações disciplinares) compete ao Tribunal de Justiça, no caso, decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.

_ Recurso improvido.

RMS L.605-5-RJ

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. MILITAR. PENA DISCIPLINAR DE EXCLUSÃO DA CORPORACÃO.

COMPETÊNCIA DA AUTORIDADE ADMINISTRATIVA. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 125 parágrafo 4.º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

— Policial militar condenado criminalmente e excluído da corporação.

— Apenas nos crimes militares (e não nos casos de infrações disciplinares) compete ao Tribunal de Justiça, na hipótese, decidir a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

— Recurso improvido.

O dispositivo sobre perda da função pública, ínsito do art. 103 do Código Penal Militar obviamente só se aplica no âmbito da Justiça Militar Federal, posto que se refere a civis. Contudo, essa pena acessória pode ser aplicada aos militares da reserva ou reformado, caso exerçam função pública de qualquer natureza, como diz o parágrafo único desse dispositivo.

A inabilitação para o exercício da função pública (art. 98, inciso VI do Código Penal Militar), no âmbito federal, aplica-se tanto a militares como a civis que praticarem crime com abuso de poder ou violação de dever inerente a função pública. Aos militares acrescenta-se que deve haver violação de dever militar, e aí entendemos que se deve restringir a interpretação aos crimes militares definidos no título III.

A suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela seria de aplicação automática pela redação do art. 105, entretanto pelo art. 107 necessita de ser motivada na sentença. No Código Penal Brasileiro o que existe é incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela e, nesse caso, a medida é definitiva, ao contrário do que ocorre no Código Penal Militar. E no estatuto repressivo castrense a suspensão de que se fala pode ser aplicada no curso do processo como medida de segurança provisória, como prescrevem o parágrafo único do art. 105 do Código Penal Militar e 276 do Código de Processo Penal Militar.

Por fim, temos a suspensão dos direitos políticos, que restringe o direito de votar e ser votado durante a execução da pena privativa de liberdade ou de medida de execução imposta em substituição, ou enquanto perdu-

rar a inabilitação para a função pública, como dita o art. 106 do Código Penal Militar. Por exclusão, aquele que for condenado a suspensão do exercício do posto, graduação etc. ou reforma, não seria submetido a essa penalidade acessória. Entretanto, o art. 15, III da atual Carta Magna diz que a suspensão dos direitos políticos ocorrerá no caso de condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem os seus efeitos. O critério do texto constitucional é bem mais amplo, pois não se vincula ao tipo de pena imposta, e, obviamente, prevalece, valendo para todos os tipos de sanção penal, a exceção da reforma porque nela o efeito da sentença penal condenatória transitada em julgado é imediato. O princípio do art. 106 do Código Penal Militar é incompatível com o dispositivo constitucional citado. Pela mesma razão, no Direito Penal comum a suspensão dos direitos políticos alcança todas as penas, inclusive as restritivas de direitos, além disso, na atual parte geral não existe a limitação que existia no parágrafo único do art. 69 do Código Penal de 1940, onde anteriormente a restrição só se aplicava às penas privativas de liberdade. Como reflexos nos direitos políticos estabelece o Código Penal Brasileiro no art. 92 a perda do cargo eletivo como efeito da condenação, e se limita aos casos de crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a administração pública. O art. 47, I do Código Penal Brasileiro prevê como interdição temporária de direitos a proibição do exercício de mandato eletivo, e o art. 56 complementa dizendo que tal só ocorre se o crime for praticado com violação do dever. Todos esses dispositivos do Código Penal comum estão abrangidos pela regra constitucional que, em relação a eles, é bem mais ampla.

Não resta dúvida que essa norma constitucional é auto-aplicável, e, como assinala Júlio Fabrini Mirabete, verbis: "o art. 15, III, da CF, tem, como qualquer dispositivo constitucional, um mínimo de eficácia que impede o condenado de exercer o direito de voto enquanto preso" (in Comentários à Lei de Execução Penal, Atlas, 3.ª ed., 1990, p. 56). Entretanto, em relação ao comentário que faz a esse dispositivo temos duas divergên-

cias: o renomado autor dá a entender que a restrição constitucional só abrange a pena privativa de liberdade, e enquanto estiver encarcerado o condenado, como se viu da transcrição acima complementada por essa outra, verbis: "Eliminados alguns direitos e deveres do preso nos limites exatos dos termos da condenação, deve executar-se a pena privativa de liberdade de locomoção, atingidos tão-somente aqueles aspectos inerentes a essa liberdade, permanecendo intactos outros tantos direitos" (op. cit., p. 52). Sem dúvida nenhuma a restrição da lei maior não se aplica ao condenado apenas enquanto preso, mas também"(...) quando é ainda possível o Estado exigir o cumprimento da pena, é porque da sentença continuam ainda a irradiar efeitos, estando, nesse período de irradiação sentencial, suspensos os direitos políticos"(José Cretella Júnior, Comentários à Constituição de 1988, Ed. Forense, 1989, p.1121). Dessa forma, o condenado cumprindo o *sursis* está abrangido por essa limitação, assim como o que estiver em livramento condicional, sendo difícil se sustentar uma interpretação restritiva, até porque a atual parte geral do Código Penal não possui a restrição da suspensão dos direitos políticos apenas às penas privativas de liberdade, como acontecia no art. 69, parágrafo único, item V do Código revogado e a interpretação que excluía o *sursis* se baseava na não auto-aplicabilidade do art. 149 da CF de 1.969, e a complementação legislativa quando veio (LC 42/82) só se referiu a alguns crimes e assim mesmo se restringiu à inelegibilidade, e não ao direito de votar, como disse Mirabete (sobre o que foi dito conferir em Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, 1.º vol., Saraiva, 1989, pp. 316/7). E mais, voltamos a repetir, o art. 15, III, da CF não se refere apenas a condenações que importem em privação da liberdade, porque ali não se refere a Lei Maior ao tipo de sanção imposta e sim a condenação, logo estão abrangidas as penas não privativas de liberdade do Código Penal Militar.

III – Individualização da pena

A individualização da pena vem prevista no art. 5.º, inciso XLVI da CF e tem, eviden-

temente, reflexos no Código Penal Militar. A individualização da pena, que é adaptação da pena ao condenado, possui três fases: legal, judicial e administrativa. Na primeira, tem-se a fixação dos limites legais de penalização para cada delito nos mínimos e máximos genéricos, de maneira que não possa existir pena indeterminada, aliás nenhum tipo de sanção penal, e aí incluímos as medidas de segurança; depois a pena é ajustada ao condenado e aí entra o arbítrio judicial onde o juiz observa os requisitos do art. 59 do Código Penal Brasileiro e 69 do Código Penal Militar e, por fim, temos a fase administrativa ou executória que, como o próprio nome diz ocorre no momento da execução da pena, sendo extremamente rica no direito penal comum, onde se analisam progressão e regressão de regimes e vários outros incidentes de execução.

Estabelece o dispositivo constitucional citado vários princípios e os submete a regulamentação legal. Luiz Vicente Cernichiaro e Paulo José da Costa Júnior entendem que a prestação social alternativa, prevista na letra d abrange as penas restritivas de direitos (cfr. Direito Penal na Constituição, RT, 1990, p. 98). Todas as outras penas estão previstas no Código Penal Brasileiro. Parece-nos que prestação social alternativa seria a prevista no art. 46 do Código Penal Brasileiro, em todo caso o Código Penal Militar não possui penas restritivas de direitos, tampouco a pena de prestação de serviços à comunidade, aliás nem mesmo está prevista a pena de multa que também é princípio ínsito na individualização da pena, no item c do inciso XLVI do art. 5.º da CF. No máximo, a pena acessória de inabilitação para o exercício de função pública se assemelha a interdição do art. 47, I, do Código Penal Brasileiro.

Apesar do mandamento constitucional, que se constitui em princípio-garantia, terminologia de Canotilho, à semelhança do princípio da legalidade, fazer referência à legislação ordinária, nem por isso deixa de ter positividade, até porque é norma, tendo vigência e eficácia. Deve-se romper com a doutrina tradicional das chamadas normas programáticas porque, segundo o grande constitucionalista lusitano, verbis: "(...) é reconheci-

do hoje um valor jurídico constitucionalmente idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição. Não pode, pois, falar-se de eficácia programática (ou diretiva), porque qualquer norma constitucional deve considerar-se obrigatória em confronto com qualquer poder estatal discricionário (Crisafulli). Mais do que isso: a eventual mediação, pela instância legiferante, da concretização das normas programáticas, não significa a dependência deste tipo de normas da interposição do legislador; é a positividade das normas-fim e normas-tarefa (normas programáticas) que justifica a necessidade da intervenção dos órgãos legiferantes. Concretizando o melhor, a positividade jurídico-constitucional das normas programáticas significa fundamentalmente:

(1) Vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização (imposição constitucional).

(2) Como diretivas materiais permanentes, elas vinculam positivamente todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição).

(3) Como limites negativos, justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos actos que as contrariam" (in *Direito Constitucional*, Ed. Almedina, 1992, p. 190).

Significa que, não obstante o princípio não estar inteiramente regulado no Código Penal Militar, necessitando de maior densidade, deixe ele de ter positividade. Funciona como limite negativo como apontamos acima, impedindo tipos penais indeterminados. Ou então, por exemplo, uma sentença judicial que aplicasse uma pena no máximo abstractamente previsto para o tipo, sem qualquer fundamento, sem dúvida violaria o princípio, porque não seria adaptação da pena.

IV – *Criminoso habitual ou por tendência*

Ainda em sede de individualização da pena, temos alguns dispositivos relativos a esse tema que sem dúvida se apresentam em confrontação com a CF.

O Código Penal Militar nesse aspecto demonstra nitidamente que possui orientação

subjéctiva, adotando uma postura de direito penal do autor, que não corresponde ao pensamento atual da maioria dos penalistas como Francisco de Assis Toledo, pois "O Direito Penal moderno é, basicamente, um direito penal do fato. Está construído sobre o fato-do-agente e não sobre o agente-do-fato. Demonstra a veracidade dessa afirmação a estrutura da grande maioria dos tipos penais que, segundo as exigências do princípio *nulun crimen, nulla poena sine lege*, descreve um modelo de conduta proibida e não um tipo criminológico de autor. As exceções são raras (*rufianismo, vadiagem etc.*) e, pois, não infirmam a regra (in *Princípios Básicos de Direito Penal*, Saraiva, 1991, p. 236).

O direito penal do autor tem sua origem na escola positiva, nos ensinamentos de Lombroso, em uma época dominada pelo determinismo e pela tentativa de explicação de todos os fenômenos, inclusive os culturais, pelo método experimental das ciências da natureza. Daí surgiram tipos de autor como o criminoso habitual ou por tendência, que são criminosos que se caracterizam pela repetição da prática delitiva, e por essa repetição comprovam que são criminosos incorrigíveis assim como a verdade de um fenômeno é comprovada pela repetição do experimento.

A penalização desses tipos de autor se faz por tempo indeterminado, como diz o art. 78 do Código Penal Militar, embora a indeterminação não seja absoluta. Sem dúvida é pena de caráter perpétuo, proibida pelo art. 5.º inciso XLVII, letra b da CF. Não é pena perpétua, mas tem esse caráter, porque é excessivamente elevada (o juiz fixa a pena da nova infração, que não pode ser inferior a três anos, sendo esta a duração mínima e sobre ela incide a pena indeterminada que não pode ultrapassar 10 anos, como se vê do parágrafo 1.º do art. 78 do Código Penal Militar). O critério da pena excessivamente elevada para caracterizar o caráter perpétuo da pena é de Cernichiaro (op. cit., pp. 112 e ss.). Afora isso a pena, da forma como foi demonstrado, revela que pelo mesmo fato o autor é punido 2 vezes, pois a pena indeterminada é aplicada sobre a pena do crime, e o direito penal não convive com o *bis in eadem*. Com certeza a nova proposta de Cód-

go Penal Militar não deve ressuscitar esses dispositivos de direito penal do autor, que, aliás, nem mesmo justificam a sua permanência pelo absoluto desuso de que se tem notícia.

IV – O exílio local

Não se trata de pena, mas sim de medida de segurança prevista no art. 116 do Código Penal Militar, sendo assim, em princípio se afasta do objetivo de nosso trabalho. Mas a inconstitucionalidade é tão gritante que não foi possível evitar de tocar no assunto. Diz o mencionado dispositivo que o exílio local consiste na proibição de que o condenado resida ou permaneça, durante um ano, pelo menos, na localidade, município ou comarca onde o crime foi praticado. Esclarece o parágrafo único que o exílio local deve ser cumprido após o cumprimento do *sursis* ou da execução da pena privativa de liberdade. Vê-se, pois, que é pena de caráter perpétuo, posto que a norma não dá limite mínimo para essa arbitrariedade, o que caracteriza ofensa ao art. 5.º, inciso XLVII, letra b da CF, e depois porque cessado o cumprimento da pena, extinta a punibilidade, não é dado ao Estado cercar a liberdade, sob pena de violação ao direito de locomoção insito no art. 5.º, inciso XV da CF.

Bibliografia

Legislação:

- Constituição Federal
Código Penal Militar
Código de Processo Penal Militar
Código Penal Brasileiro
Lei n.º 6.880, de 5 de dezembro de 1972
Jurisprudência:
Supremo Tribunal Federal
Superior Tribunal de Justiça
Tribunal de Justiça Militar – RS
Doutrina:
BRUNO, Aníbal. Direito Penal, Tomo II, 1978, Forense, p. 91.
LYRA Roberto. Comentários ao Código Penal, em co-autoria com Nelson Hungria, vol. 2, 2.ª ed., 1958.
TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal, Saraiva, 4.ª ed., 1991.
CERNICHIARO, Luiz Vicente e COSTA JÚNIOR, Paulo José. Direito Penal na Constituição, RT, 1990.
CRETELLA JÚNIOR, José. Comentários à Constituição de 1988, Forense, 1989.
MIRABETE, Júlio Fabrini. Comentários à Lei de Execução Penal, Atlas, 3.ª ed., 1990.
FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Comentários à Constituição Brasileira de 1988.
CANOTILHO, J. J. Gomes, Almedina, 1992.
FERREIRA, Pinto. Comentários à Constituição Brasileira, 1.º vol., Saraiva, 1989.